دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلّد 39، العدد 1، 2012

شرط الضمان على المضارب في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني

*محمد عواد السكر وذيب عزات الغنانيم**

ملخص

تناول البحث دراسة مسألة شرط الضمان على العامل في الحالات التالية:

أ- حصول خسارة في رأس المال.

ب- تلف رأس المال بلا تعد، أو تفريط منه.

ج- تلف رأس المال بتعديه وتفريطه.

د-مخالفة إذن رب المال في خصوص التصرف.

وقد رجح الباحثان في الحالتين الأولى والثانية فساد الشرط، وصحة العقد؛ لأنه على خلاف موجب العقد، وللمنفعة الزائدة لرب المال؛ فوجب تفويتها، وتصحيح العقد.

أما في الحالتين الثالثة والرابعة؛ فالشرط جائز، والعقد صحيح؛ فوجب الالتزام به، وعدم الإخلال بما تضمن من قيود، وإلا وجب الضمان على العامل؛ لأنه بالتعدي يصبح ضمينا لا أميناً، وبمخالفته لأمر رب المال أصبح متعدياً، والمتعدي ضمين.

الكلمـات الدالـة: القانون التجاري الإسلامي، الصفقة المالية، العقود، الشركات، المضاربة، المقاضاة.

المقدمـــة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وصحبه، ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

فإن المضاربة وسيلة من الوسائل الاستثمارية المعروفة قديماً وحديثاً، والتي تستند في جوهرها على إدارة المال بشتى السبل من أجل تنميته تحصيلاً للربح.

غير أن الربح لا يمكن تحصيله إلاّ بالدخول في المجالات الاستثمارية القديمة، أو المعاصرة، إلاّ أنه كما هو معلوم أن عنصر المخاطرة في المجالات الاستثمارية المعاصرة مرتفع، خاصة في ظل التقلبات الاقتصادية التي يشهدها السوق كل يوم، مما يدفع أصحاب رؤوس الأموال إلى اتخاذ بعض التدابير، والتي تتمثل أحياناً في فرض بعض القيود على المضارب، وهو ما يعرف باشتراط خصوص التصرف في المال للتقليل من عنصر المخاطرة للمحافظة على رأس المال، أو لتحصيل الربح الآمن إلى حد كبير حسب ما يرى رب المال.

وأحياناً تتمثل في اشتراط الضمان على العامل سواء أكان الاشتراط على الإطلاق، أم على التقييد بحالة معينة؛ كالخسران في رأس المال، أو تلفه بلا تفريط، أو تلفه بتفريط، أومخالفته لأمر رب المال في التصرف.

ولذا؛ فقد جاءت الدراسة تبحث في حكم هذا النوع من الاشتراط على العامل، وأثره في العقد، وبيان متى يكون الشرط فاسداً في ذاته، ومتى يكون فاسداً مفسداً للعقد، وهذا يشكل جوهر مشكلة البحث، والتي تظهر من خلال التساؤلات الآتية:

1- ما حكم شرط الضمان على العامل في حالة حصول خسارة في رأس المال في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني؟

2- ما حكم شرط الضمان على العامل في حالة تلف المال من غير تفريط، أو تعد منه في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني؟

3- هل تقبل المضاربة التقييد بالشرط المفيد؟

4- هل يجوز اشتراط رب المال على العامل خصوص التصرف في مال المضاربة؟

5- ما حكم شرط الضمان على العامل في حالة تلف رأس المال المضاربة بتعديه في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني؟

6- ما حكم شرط الضمان على العامل في حالة تلف رأس المال بمخالفته لإذن رب المال في خصوص التصرف في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني؟

---

* قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، الأردن. تاريخ استلام البحث 201/5/24، وتاريخ قبوله 2010/12/5.

© 2012 عمادة البحث العلمي/ الجامعة الأردنية. جميع الحقوق محفوظة.

الدراسات السابقة

لم نجد في حدود إطلاعنا من أفرد موضوع: "شرط الضمان على المضارب في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني" بدراسة مستقلة تتناول جميع الحالات التي يشترط فيها رب المال الضمان على العامل.

غير أن بعض الدراسات المعاصرة التي بحثت في موضوع المضاربة وأحكامها في الفقه الإسلامي قد ورد في بعض مباحثها إشارات إلى أن المضارب أمين في مال المضاربة؛ فلا يضمن، وفي بعضها الآخر أتى على الحديث عن شرط الضمان على الجملة، نذكر منها:

1- الدبو، إبراهيم فاضل، عقد المضاربة (دراسة في الاقتصاد الإسلامي، عمان، دار عمار، 1998م، ط (1).
2- القضاة، زكريا محمد الفالح، السلم والمضاربة من عوامل التيسير في الشريعة الإسلامية، عمان، دار الفكر، 1984م، (ط1).
3- شرف الدين، عبد العظيم، عقد المضاربة بين الشريعة والقانون ومدى صلاحيته للتطبيق في العمليات المصرفية المعاصرة، القاهرة، الدار الدولية.
4- الخويطر، عبد الله بن أحمد، المضاربة في الشريعة الإسلامية، الرياض، دار المسير، 1999م، (ط1).

المحاور الرئيسة في البحث تتمثل في النقاط التالية:

أولاً: تحديد مصطلحات البحث.
ثانياً: شرط الضمان على العامل للنقص الحاصل في رأس مال المضاربة بسبب الخسارة.
ثالثاً: شرط الضمان على العامل للنقص الحاصل في رأس مال المضاربة في حالة عدم التعدي فيه.
رابعاً: شرط الضمان على العامل للنقص الحادث في رأس المال في حالة التعدي، ومخالفة الإذن في التصرف في المال.

أولاً: تحديد مصطلحات البحث

يشتمل البحث على ثلاثة مصطلحات رئيسة، وهي: الشرط، والضمان، والمضارب، وفيما يلي بيانها:

أ- تعريف الشرط:

الشرط في اللغة: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والشرط بفتحتين: العلامة، وأشراط الساعة: علاماتها، والاشتراط: العلامة التي يجعلها الناس بينهم، وجمعه شروط وشرائط(1).

قال ابن فارس:" شرط: الشين والراء والطاء أصل يدلّ على علَم وعلامة، وما قارب ذلك من علم من ذلك الشرط العلامة"(2). ومن ذلك يتبين أن الدلالة ذات الصلة هي الالتزام.

الشرط في العقد هو: ما يتفق المتعاقدان عليه زائداً على العقد، ويجب الالتزام به(3).

ب- تعريف الضمان:

الضمان في اللغة: مشتق من (ضمن)، والضمين: الكفيل، ضمن الشيء بالكسر ضماناً كفل به؛ فهو ضامن وضمين: التزمته؛ فيقال: ضمنته المال ألزمته إياه، وضمنته الشيء تضميناً؛ فتضمنه عنه مثل غرمته(4).

قال ابن فارس: "ضمن: الضاد والميم والنون أصل صحيح، وهو جعل الشيء في شيء يحويه، من ذلك قولهم: ضمنت الشيء إذا جعلته في وعائه، والكفالة تسمى ضماناً من هذا؛ لأنّه كأنّه إذا ضمنه فقد استوعب ذمته"(5)

وفي كلام ابن فارس رد على دعوى بعض فقهاء الحنابلة، والتي مفادها أن الضمان مشتق من الضم؛ لأن ذمة الضامن تنضم إلى ذمة المضمون عنه(6)

وهذا الاشتقاق غير صحيح؛ لأن نون الضمان أصلية والضم ليس فيه نون؛ فهما مادتان مختلفتان.(7)

الضمان في الاصطلاح

فقد عرفه ابن شاس بأنه: شغل ذمة أخرى بالحق.(8)

وورد تعريفه في معجم لغة الفقهاء بأنه: رد مثل التالف إذا كان مثلياً، أو قيمته إذا كان لا مثل له(9).

هذا، ويصح الضمان بلفظ الضمين، والكفيل، والحميل، والزعيم، والصبير، ومعناها واحد، وذكر الماوردي بأن العرف جار بأن الضمين مستعمل في الأموال، والحميل في الديات، والكفيل في النفوس، والزعيم في الأمور العظام، والصبير في الجميع، والضمان يصح بكل واحد منها ويلزم(10).

جـ - المضارب:

المضارب في اللغة: ضارب فلان فلاناً في المال من المضاربة، وهي مشتقة من الضرب في الأرض، أي السير فيها لابتغاء الرزق، وضربت الطير تضرب: ذهبت تبتغي الرزق وضارب له: اتّجر في ماله(11). وسمي العقد بالمضاربة؛ لأن المضارب يسعى في الأرض طلباً للربح(12).

المضارب في الاصطلاح هو العامل في شركة المضاربة(13).

وبعد بيان المعاني اللغوية والاصطلاحية لمفردات العنوان نقف من خلالها على حقيقته، وهي أن يلزم رب المال المضارب ضمان رأس مال المضاربة، بموجب الشرط الذي أورده رب المال في العقد وفق الحالات التي حددها في ذلك الشرط، وذلك من مثل حالة الخسارة، أو التلف، ونحو ذلك.

ثانياً: شرط الضمان على العامل للنقص الحاصل في رأس مال المضاربة بسبب الخسارة.

وصورة المسألة في ذلك لا تخرج عن حالتين:

الأولى: أن يشترط رب المال على المضارب أن يضمن مقدار النقصان الحاصل في رأس المال بسبب الخسارة.

الثانية: أن يشترط رب المال على المضارب أن تكون الخسارة في رأس المال عليهما معاً.

وفي الحالتين؛ فقد اختلف الفقهاء في حكم ضمان رأس مال المضاربة من قبل المضارب، سواء أكان منفرداً في ضمانه له، أم مشتركاً مع رب المال في الضمان، وذلك على قولين:

القول الأول:- ذهب المالكية(14)، والشافعية(15)، والحنابلة في رواية (16) إلى أن شرط ضمان الخسارة على المضارب شرط فاسد مفسد لعقد المضاربة.

واستدلوا على قولهم بما يأتي:

1- إن أصل القراض موضوع على الأمانة؛ فإذا شرط فيه الضمان على المضارب؛ فذلك خلاف موجب أصله، والشرط الذي يخالف موجب أصل العقد وجب بطلانه، وأصله إذا تزوج امرأة وشرط عليها ألا يطأها.(17)

ويجاب عن هذا الاستدلال من وجهين:

الأول: هذا قياس مع الفارق؛ لأن ورود هذا الشرط في النكاح يفوت المقصود من النكاح، وهو الاستمتاع؛ فكان على خلاف موجب أصل العقد؛ فاشتراطه يمنع موجب العقد؛ فيبطل به العقد.

وهذا بخلاف شرط الضمان على المضارب في المضاربة، فلا يفوت مقصودها، وهو الربح؛ فاشتراطه لا يقطع الشركة بينهما، ولا يؤدى إلى جهالة الربح؛ فبطل الشرط، وصح العقد، ومن هنا كان الفرق واضحاً بينهما؛ فشرط عدم الوطء يمنع أصل النكاح، وشرط الضمان لا يمنع أصل المضاربة.

الثاني: هذا الدليل استدلّ به المالكية على فساد الشرط والعقد، وبالتحقيق في مذهب المالكية في باب الشروط في النكاح وجدنا أن الشرط الذي لا يلزم فيه طلاق جاز إسقاطه، مما يدلّ ذلك على أن الشرط يسقط، ويصح العقد، قال ابن جزى: "والشروط التي لا يلزم فيها طلاق، فإنه يجوز إسقاطها "(18)

2- إن اشتراط الضمان على المضارب في عقد المضاربة زيادة غرر في العقد؛ ففسد به.(19)

ويجاب عن ذلك: بأن الغرر يتصور في المعاوضة المالية المحضة؛ لأن أكل المال بالباطل متصور فيه. أما المضاربة فليست من جنس المعاوضة المحضة؛ فلا يتصور فيها؛ لأنه لا يأكل أحدهما مال الآخر؛ لأنه إن لم يحصل ربح؛ فإن رب المال لم يأخذ منفعة الآخر إذ هو لم يستوفها، ولا ملكها بالعقد، ولا هي مقصودة بل ذهبت منفعة بدنه كما ذهبت منفعة رأس المال لصاحبه؛ فرب المال لم يحصل له شيء حتى يكون قد أخذه، والعامل لم يأخذ شيئاً، وهذا بخلاف بيوع الغرر؛ فإن أحد المتعاوضين يأخذ شيئاً، والآخر يبقى تحت الخطر، وهذا المعنى منتف في المضاربة لعدم وجود غرر فيها(20)

3- لأنه شرط فاسد فأفسد المضاربة؛ كما لو شرط لأحدهما فضل دراهم معلومة(21).

وهذا قياس مع الفارق؛ لأن اشتراط دراهم معلومة تفضى إلى جهل حق كل واحد منهما من الربح، أو إلى فواته بالكلية، ومن شرط المضاربة كون الربح معلوماً(22).

قال ابن قدامة:" ويفارق شرط الدراهم؛ لأنه إذا فسد الشرط ثبتت حصة كل واحد منهما في الربح مجهولة"(23).

4- لأنه إنما رضي بالعقد بهذا الشرط؛ فإذا فسد فات الرضا به؛ ففسد العقد(24).

ويجاب عنه: بأنه لا أثر لرضاهما، ولا يؤثر رضاهما كذلك في تصحيح العقد الفاسد(25). ودليل عدم اعتبار رضاهما بهذا الشرط أن الأساس في الرضا بينهما هو تحقيق المصلحة المتبادلة بين الطرفين؛ فحيث يدير العامل رأس مال المضاربة؛ فيتحصل به النفع لهما، وما شرط الضمان إلا شرطاً زائداً على ذلك، لا أثر له.

5- لأنه شرط فاسد؛ فأبطل العقد؛ كالمزارعة إذا شرط البذر من العامل، ووجه ذلك أن العامل في كلّ منهما إنما يستحقّ بالعمل(26).

ويجاب عنه: بأن هذا الشرط لا يؤثر في المزارعة؛ فقد قال ابن تيمية:" فأما المزارعة فجائزة بلا ريب سواء كان البذر من المالك، أو العامل، أو منهما"(27)، وبدلالة ذلك؛ فإن اشتراطه لا يؤثر في صحة المزارعة؛ فلا يقاس عليه.

6- مما لا خلاف فيه أن العامل يأخذ رأس المال ويعمل فيه، ولا يجب عليه الضمان في ذلك، وإنما هو من ضمان رب المال.

ومن هذه المقدمة استدلوا على بطلان الشرط والعقد؛

فاشتراط الضمان على المضارب فيه نقل للضمان عن محله بالإجماع؛ فاقتضى ذلك فساد العقد والشرط.(28)

ونجيب عن استدلالهم بأنه يسلم لهم بأن الإجماع منعقد على بطلان شرط الضمان، أما الإجماع على بطلان العقد، لا يسلم لهم بدليل الخلاف الوارد في حكم العقد في حالة اقتران شرط الضمان على المضارب فيه.

7- اعتبار ذلك بالشروط الفاسدة في البيع، من مثل الاشتراط على البائع الضمان أبداً.(29).

ويجاب عنه: لا يصح قياس المضاربة على البيع؛ لان البيع من قبيل مبادلة مال بمال؛ فيفسد البيع بالشرط الفاسد، أما المضاربة فليست من قبيل مبادلة مال بمال، وما كان من هذا القبيل لا يفسد بالشرط الفاسد لعدم المعاوضة المالية، وبيانه، أن الشرط الفاسد هو زيادة ما لا يقتضيه العقد؛ فيكون فيه فضل خال عن العوض، وهو الربا، ولا يتصور ذلك في المعاوضات الغير المالية، بل يفسد الشرط ويصح العقد(30) فإذا أفسد الشرط المضاربة؛ فلا يخلو أن يقع هذا الفساد بالاشتراط قبل الشروع في العمل بالمضاربة، أو بعد الشروع فيها، فما المستحق عندئذ في المضاربة الفاسدة في الحالتين؟

ففي الحالة الأولى، وهي فساد المضاربة قبل الشروع في العمل يكون حكمها الفسخ، ورد المال إلى صاحبه. قال ابن رشد: "واتفقوا على أن حكم القراض الفاسد فسخه، ورد المال إلى صاحبه ما لم يفت بالعمل"(31)

أما في حالة الشروع في العمل، فهل يكون الربح للمضارب عملاً بما شرطاه، أو فيه قراض المثل، أو أجرة المثل لكونه قراضاً فاسداً؟(32)

فقد اختلف الفقهاء القائلون بفساد المضاربة باشتراط الضمان على المضارب في حالة خسارة المال على أقوال:

ذهب المالكية في قول(33)، والشافعية(34)، والحنابلة في رواية، وهي المذهب(35) إلى أن جميع الربح الحاصل بالمضاربة لرب المال، ويستحق المضارب أجرة مثل عمله.

واستحقاق أجرة مثل عمله عند الشافعية في قول سواء كان في المال ربح، أم لا؟ وفي قول آخر لا يستحق أجرة عند عدم الربح، وهو القياس؛ لأن القراض الصحيح لا يستحق فيه العامل شيئاً عند عدم الربح؛ فمن باب أولى أن لا يستحق شيئاً في القراض الفاسد إذا عدم فيه الربح(36).

أما في كون جميع الربح لرب المال؛ فلأنه نماء ماله، وإنما يستحق العامل بالشرط؛ وقد فسدت المضاربة؛ ففسد الشرط فلم يستحق منها شيئاً(37).

وأما كون العامل له أجرة مثل عمله؛ لأن عمله إنما كان في مقابلة المسمى، والتسمية لم تصح؛ فإذا لم تصح التسمية وجب رد عمله عليه، وهو متعذر؛ فتجب قيمته، وهي أجرة المثل، كما لو اشترى شراء فاسداً؛ فقبضه، وتلف(38).

وفي تعليل آخر عند الحنابلة أن المضاربة إذا فسدت صارت إجارة، فيستحق العامل أجرة المثل(39).

ووجه اعتبار أجرة المثل عند المالكية أن كل عقد صحيح يوجب عوضاً مسمى للعامل بالعمل؛ فإذا كان فاسداً فللعامل أجرة المثل في عمله، أصله الإجارة الفاسدة(40).

وذهب المالكية في رواية(41) إلى أن المستحق للعامل قراض المثل دون ما شرط له.

ووجه اعتبار قراض المثل أن الأصول موضوعة على أن شبهة كل أصل مردودة إلى صحيحه كالنكاح، والبيع، والإجارة، فكذلك القراض(42) وذكر ابن المواز عن مالك أن للعامل الأقل من قراض المثل، أو مما سمي له من الربح.(43)

وبين ابن نصر وجه اعتبار أقل الأمرين؛ فقال: "ووجه اعتبار أقل الأمرين أن قراض المثل وإن كان الأقل فقد رضي به العامل؛ لأنه إذا رضي أن يعمل على أن يكون عوضه على العمل من الربح على الفساد بما ذكرناه، فقد رضي أن يكون له فيما يصح بحسابه، وإن كان المسمى الأقل فليس له زيادة عليه؛ لأن رب المال يقول: أنت رضيت بالمسمى عوضاً عن عملك فليس فساد العقد موجباً لك زيادة في العوض " (44) وذهب الحنابلة في رواية (45) إلى أن المستحق للعامل الأقل من الأجرة، أو ما شرط له من الربح؛ لأنه إن كان الأقل الأجرة فهو لا يستحق غيرها لبطلان الشرط، وإن كان الأقل المشروط؛ فهو قد رضي به.(46)

القول الثاني:- ذهب الحنفية (47)، والحنابلة في رواية، وهي المذهب (48) إلى أن شرط ضمان الخسارة (49) على المضارب شرط فاسد غير مفسد للمضاربة؛ ويبقى العقد صحيحاً بين رب المال والمضارب.

ويترتب على القول بذلك الآثار التالية (50):

أ- الشرط الفاسد شرط باطل.

ب- بقاء المضاربة صحيحة بين رب المال، والمضارب.

جـ- أن الربح بينهما على ما اتفقا عليه.

د- أن الوضيعة على رب المال، ولا يلزم بها المضارب.

واستدلّ الحنفية على قوله بأن الشرط باطل والمضاربة صحيحة بما يلي:

1- بما روي عن علي – رضي الله عنه – أنه قال: الربح على ما اشترطوا عليه، والوضيعة على المال" (51)

فالدلالة في الأثر أنه يدلّ على أن الوضيعة على المال لا على المضارب؛ وما كان على خلاف ذلك؛ فلا عبرة به.

ويجاب عنه بأن في سنده مقال(52).

2- إن الأصل في الشرط إذا دخل في العقد أن ينظر في أثره على العقد، وذلك لا يخلو من حالين:(53)

أ- إن كان يؤدي الشرط إلى جهالة الربح يوجب فساد العقد؛ لأن الربح هو المعقود عليه، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد.

ب- إن كان لا يؤدي إلى جهالة الربح؛ فلا تفسد به المضاربة، ويبطل الشرط.

وبناء على هذا الأصل في فقههم؛ فإن شرط الوضيعة على المضارب، أو عليهما شرط فاسد؛ فيبطل الشرط، وتصح المضاربة؛ لأنه لا يؤدى إلى جهالة الربح؛ فلا يؤثر في العقد، مما يقتضى ذلك عدم فساد العقد به(54).

ويعترض على استدلالهم هذا بأن شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح، ولا يبطل في نفسه فقط، بل يبطل المضاربة؛ فلم تكن القاعدة التي ذكرتموها مطردة في الجميع (55)

وأجاب ابن عابدين عن هذا الاعتراض؛ فقال:" وما يقال في دفع الاعتراض من أن الشّرط الذي يوجب جهالة الربح ليس فساد المضاربة به لمقارنة شرط فاسد بل لانعدام صحتها، وهو معلومية الربح، وكذا فسادها بشرط العمل على رب المال ليس لكونه شرطاً مفسداً بل لتضمنه انتفاء شرط صحة المضاربة، وهو تسليم المال إلى المضارب"(56).

وأجيب عنه أيضاً بأن ما كان من هذا القبيل فليس بمضاربة، وسلب الشيء عن المعدوم صحيح، يجوز أن يقال زيد المعدوم ليس ببصير، وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه.(57)

ووجه آخر؛ فإن اشتراط الخسارة على المضارب لا يوجب جهالة الربح، أما شرط عمل رب المال يفسد العقد وإن لم يوجب جهالة في الربح؛ لأنه شرط يمنع موجب العقد، إذ موجبه تسليم المال إلى المضارب، والشرط يمنع ذلك(58).

3- إن عقد المضاربة تقف صحته على القبض؛ فلا يفسده الشرط الزائد الذي لا يرجع إلى المعقود عليه؛ كالهبة والرهن(59).

ويجاب عنه: بأن القياس على الهبة لا يستقيم؛ لأن الهبة تمليك عين بلا عوض(60)، والنفع فيها يعود إلى الموهوب له، والمضاربة على خلاف ذلك من وجهين:-

أ- إن العامل لا يملك رأس المال، وإنما الانتفاع به لتحصيل الربح.

ب- إن المنفعة في المضاربة مشتركة بينهما.

وأما القياس على الرهن فلا يستقيم؛ لأن المرتهن قبض العين لمنفعة له في ذلك، أما المضارب فقد قبض رأس المال لمنفعة مشتركة بينهما، وهي منفعة رب المال بالربح، ومنفعة العامل بالعمل؛ فافترقا.

4- لأنها وكالة؛ فالمضارب تصرف في رأس المال بأمر رب المال؛ فصار كالوكيل، والوكالة لا يبطلها الشرط الفاسد؛ فكذلك المضاربة.(61).

لا يسلم لهم الاستدلال بالوكالة من وجهين:(62)

الأول:- إن كانت الوكالة بغير جعل؛ فهي عقد تبرع؛ فالوكيل قد قبض المال لنفع مالكه لا لنفع نفسه؛ فقبضه للمال محضاً؛ فلا يضمن لانتفاء مصلحته في ذلك، أما المضارب فقد قبض المال لمنفعته، وهذا أمر ظاهر من خلال حصته في الربح؛ فافترقا.

الثاني:- إن كانت الوكالة بجعل؛ فالوكيل ينتفع بقبض الأمانة في هذه الحالة، وهو ضامن للمال إذا فرط، أو تعدى، وهذا دليل على أن الوكيل ليس دائماً غير ضامن؛ فلا يسلم أن الأمين لا يضمن دائماً؛ فلا يؤخذ على إطلاقه.

5- إن المضارب أمين في مال المضاربة؛ فلا يلزمه الضمان بالشرط.(63)

ويجاب عنه: بأنه لا يسلم بأن المضارب أمين لا يضمن على الإطلاق؛ لأن قبضه للمال ليس محضاً لمنفعة رب المال، وإنما قبضه لمنفعته، ومنفعة رب المال؛ فهو ينتفع بقبض الأمانة (64)؛ فيلزمه الضمان من وجه دون وجه.

6- إن الأصل في المضاربة أن تكون الوضيعة على رب المال؛ فلا تلزم غيره عملاً بالأصل (65)؛ فيبطل الشرط، ويصح العقد.

ويجاب عنه: بأنه يسلم القول بأن الأصل في المضاربة أن يتحمل رب المال الخسارة، إلاّ أن اشتراط ذلك في العقد يوجب فساده؛ لأن اشتراطه على خلاف موجبه؛ فأفسده.

7- لأنه عقد على مجهول؛ فلم تبطله الشروط الفاسدة؛ كالنكاح(66).

ويجاب عنه: بأنه لا يسلم لهم الاستدلال بالنكاح؛ لأن اقتران الشرط الفاسد بعقد النكاح يفوت المقصود من العقد، وهو الاستمتاع، فيبطل الشرط والعقد معاً، وهذا بخلاف شرط الضمان في عقد المضاربة فلا يفوت المقصود من المضاربة، وهو الربح؛ فافترقا.

ومن وجه آخر، فإن عدم فساد عقد النكاح بالشروط الفاسدة ليس أصلاً متفقاً عليه؛ فهناك من ينازع الحنفية في ذلك، ويرى فساد العقد بالشروط الفاسدة لمنافاتها لمقصود النكاح(67)

8- إنه شرط لا يؤثر في جهالة الربح فلم يفسد به العقد،

كما لو شرط لزوم المضاربة(68). ويجاب عنه: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن اشتراط لزوم المضاربة يمنع الفسخ الجائز بحكم الأصل، وهذا بخلاف اشتراط الضمان؛ فلا يمنع أصل المضاربة(69).

موقف القانون المدني الأردني من اشتراط الضمان على المضارب في حالة حدوث خسارة في رأس مال المضاربة:

فقد نهج القانون المدني الأردني في نصوصه التشريعية فيما تعلق بشرط الضمان في حالة الخسارة منهج فقهاء الحنفية، والحنابلة في روايتهم الراجحة الذي يقضي بأن شرط الضمان في هذه الحالة فاسد غير مفسد لعقد المضاربة؛ فقد نصت المادة (628) من القانون المدني الأردني فقرة (1) على أنه: "يتحمل رب المال الخسارة وحده، ولا يعتبر أي شرط مخالف" ويتبين من فقه هذا النص القانوني الدلائل التشريعية التالية:

1- إن العامل لا يلزم بتحمل الخسارة، ويتحملها رب المال.
2- إن الاشتراط بتحمل الخسارة من قبل العامل في المضاربة شرط مخالف لسنة القراض التي أصلها النص القانوني في دلالته التشريعية، وهي لزوم الخسارة على رب المال، والشرط المخالف لذلك شرط باطل.
3- إن المادة القانونية تدل بمفهومها على بقاء المضاربة صحيحة بين رب المال والمضارب، وذلك بدلالة اعتبار الاشتراط فاسد بذاته غير مفسد للعقد، ولهذا لم يفرق النص بين وقوع الشرط قبل البدء في العمل، أو بعد البدء فيه؛ لأن الحكم في الحالتين واحد.

والذي يترجح للباحثين في المسألة ما يلي

أ- بطلان شرط ضمان العامل للنقص الحاصل في رأس المال المضاربة بسبب الخسارة.

وبطلان شرط ضمان العامل للخسارة، أو بعضها، أو توزيعها عليهما معاً – رب المال والمضارب – على حسب الاتفاق المنصوص عليه في العقد، موضع اتفاق بين جميع الفقهاء كما ورد في بحث تفاصيل المسألة.

قال ابن قدامة: "أنه متى شرط على المضارب ضمان المال، أو سهماً من الوضيعة؛ فالشرط باطل، لا نعلم فيه خلافاً"(70).

وقال الزركشي: "لا إشكال في صحة شرط الربح، ولا في بطلان اشتراط الوضيعة، أو بعضها على المضارب لمنافاة هذا الشرط لمقتضى المضاربة"(71).

وهذا النوع من الشروط يتنافى وطبيعة المضاربة القائمة على الاشتراك بين رب المال والعامل؛ فرب المال يقدم المال من جهته، والعامل يقدم من جهته العمل، والأصل في حالة الخسارة أن تعود إلى ما تناوله عقد المضاربة منهما؛ فيعود على رب المال بذهاب النقص الحادث في ماله، والعامل بذهاب عمله، واشتراط تحمل العامل للنقص في رأس المال بسبب الخسارة اشتراط على خلاف موجب عقد المضاربة(72)، وفي ذلك منافاة لمقتضيات العدالة؛ فوجب فساده.

أضف إلى ما سبق، أن اشتراط الضمان على المضارب، هو قدر زائد على مقتضيات العقد؛ لأنه يتضمن منفعة زائدة لرب المال؛ فوجب فساده.

ب- إن الإشكال قائم بين الفقهاء في صحة عقد المضاربة في حال وجود شرط الضمان على المضارب، ومقتضاه هل الشرط الفاسد مفسد للعقد، أم لا؟

والذي يترجح للباحثين في ذلك ما ذهب إليه الحنفية، والحنابلة في الرواية الراجحة من أن الشرط الفاسد غير مفسد للمضاربة، الأمر الذي ترتب عليه بقاء المضاربة صحيحة بين رب المال والمضارب، وعدم لزوم المضارب بالخسارة، لوجوبها على رب المال، واشتراكهما في الربح حسب النسبة المتفق عليها بينهما.

وهذا من باب تصحيح العقد، وإبطال الشرط؛ لأن الشرط لم يؤثر في معلومية الربح، وهو المعقود عليه.

وكما أن كل ما ينطوي عليه هذا الشرط هو قدر زائد من المنفعة لرب المال؛ فإذا أُبطل الشرط انتفى القدر الزائد من المنفعة، وصح العقد لعدم تأثيره عليه عندئذ في حالة الحكم ببطلانه.

ثالثاً: شرط الضمان على العامل للنقص الحاصل في رأس مال المضاربة في حالة عدم التعدي فيه:

وتتمثل صورة المسألة في أن يشترط رب المال الضمان على المضارب في حالة حدوث تلف لرأس مال المضاربة من غير تعد، ولا تفريط، ولا تقصير في حفظه منه، كأن أصيب رأس مال المضاربة بهلاك بآفة سماوية، أو غرق، أو سرقة،أو حريق، وغير ذلك من الأسباب التي تؤدي إلى هلاكه.

فما حكم شرط التضمين في هذه الحالات وغيرها إذا وقعت من غير تعد، أو تفريط؟

فقد ذهب الأنقروي من الحنفية(73)، والمالكية(74) إلى أن شرط الضمان على المضارب إذا تلف رأس مال المضاربة من غير تعد، أو تفريط باطل، يفسد به العقد، ولا يضمن

بشرطه في العقد.

وهذا ما ذهب إليه الأنقروي على خلاف مقتضى قواعد الحنفية في الشروط الفاسدة في المضاربة، ولعلّ الأنقروي ذهب في تخريجه لحكم العقد في هذه الحالة على مقتضى القواعد العامة في الشروط الفاسدة في غير المضاربة،التي تعتبر فساد العقد إذا تضمن شرطاً فاسداً.(75)

ومقتضى قواعد الشافعية(76)، والحنابلة في الرواية المرجوحة(77) أن شرط ضمان المضارب إذا تلف مال المضاربة بلا تعد، أو تفريط فاسد مفسد للمضاربة، ولا ضمان على المضارب بشرطه في العقد. وإذا كانت المضاربة تفسد بالشرط الباطل؛ فما المستحق بها؟

فإنه ينظر إلى وقت وقوع الاشتراط؛ فإن كان قبل البدء بالعمل؛ فإنه يفسخ العقد(78). أما إذا وقع الاشتراط بعد العمل؛ فقد اختلف الفقهاء في المستحق بالمضاربة الفاسدة على أقوال:

فقد ذهب الأنقروي من الحنفية(79)، والمالكية في رواية(80)، والشافعية(81)، والحنابلة في رواية(82) إلى أن المضاربة إذا فسدت كان جميع الربح لرب المال، والخسارة عليه، وللمضارب أجر المثل.

وذلك لأنه في حالة فساد المضاربة تبقى إجارة، والمستحق في الإجارة الفاسدة إذا عمل الأجير أجر المثل(83).

وذهب المالكية في رواية(84) إلى أن المستحق في المضاربة الفاسدة قراض المثل، وفي رواية أخرى(85) إلى أن المستحق الأقل من المسمى، أو من قراض المثل.

وذهب الحنابلة في رواية(86) إلى أن المستحق الأقل من الأجرة، أو ما شرط له من الربح.

واستدل الفقهاء على فساد الشرط والعقد بهذا الاشتراط بالأدلة التالية:

1- إن رب المال والمضارب يشتركان فيما يحصل من النماء؛ فأشبه المساقاة والمزارعة؛ فإن صاحب الأرض والشجر يشارك العامل فيما يحدث من الزرع والثمر؛ فإن تلف الشجر، أو هلك شيء من الأرض بغرق، أو غيره لم يكن على العامل شيء؛ فكذلك العامل في المضاربة (87).

وقياس المضاربة على المزارعة والمساقاة لا يصح من وجهين:(88)

الأول: إن المضاربة متفق على جوازها، قال ابن تيمية: "والمضاربة جوزها الفقهاء كلهم"(89). أما المزارعة والمساقاة فمختلف في جوازهما؛ فلا يقاس ما هو متفق على جوازه على ما هو مختلف فيه.

الثاني: إن الربح في المضاربة ليس من عين الأصل، بل الأصل يذهب ويجيء بدله؛ فالمال المقسم حصل بنفس العمل، بخلاف الزرع والثمر؛ فإنهما من نفس الأصل.

2- لأن هذا النوع من الاشتراط ليس من سنة القراض، وباشتراطه أخرج القراض عن سنته.(90)

ويجاب عنه: بأن الشرط الذي يخرج القراض عن سنته ما كان يعود الفساد إلى معنى في المعقود عليه، بأن يؤدي إلى جهالة، وهذا الاشتراط ليس كذلك؛ لأنه شرط زائد.

3- إن العامل قبض المال بإذن مالكه؛ فأشبه سائر الأمناء(91)؛ فكان الاشتراط على خلاف موجبه.

فقد أجيب عن هذا الاستدلال في المسألة السابقه بأنه لا يسلم أن الأمين لا يضمن دائماً.

4- لأنه نائب عن رب المال في التصرف؛ فلم يضمن من غير تفريط؛ كالمودع.(92)

وهذا قياس مع الفارق لوجهين:(93)

أ- إن المودع قبض المال لمنفعة مالكه لا غير؛ فلا نفع له بالوديعة؛ فعمل المودع هو حفظ الوديعة لصاحبها؛ فكان قبول الوديعة من باب الإعانة. أما عمل المضارب فمختلف عن المودع، إذ مطلوب منه إدارة مال المضاربة لتحصيل الربح؛ فالمنفعة مشتركة بينهما؛ فكان قبول المضاربة من أجل العمل وتثمير المال؛ فافترقا.

ب- قبول الوديعة أمانة بلا تمليك شيء، بخلاف المضاربة؛ فهي أمانة بتمليك الربح الحاصل منها.

5- لأنه متصرف في المال بإذن المالك لا يختص بنفعه؛ فأشبه الوكيل.(94)

فقد أجيب عن قياس المضارب على الوكيل في المسألة السابقة، وتبين أن الاستدلال به لا يسلم.

6- إن العقد يقتضي أن المال أمانة غير مضمون ما لم يتعد، أو يفرط؛ فلا يزول يزول بشرطه في العقد؛ فإذا شُرط كان فاسداً لمنافاته مقتضى العقد(95).

ويجاب عن ذلك، أن شرط الضمان شرط زائد لا يقطع الشركة، ولا يؤدي إلى جهالة الربح، فثبت أن الفساد لا يعود إلى المعقود عليه؛ فيفسد الشرط دون العقد.

7- إن الرضا بالعقد كان على أساس القبول بشرط الضمان؛ فإذا فسد شرط الضمان فسد العقد لفوات الرضا به.(96).

ويجاب عن ذلك، أنه لا عبرة برضاهما بهذا الشرط، فلا يؤثر ابتداء ولا انتهاء في تصحيح العقد؛ فيسقط الرضا بالشرط، ويصح العقد.

وذهب الحنابلة في الرواية الراجحة إلى أن فساد الشرط

لا يقتضي فساد العقد(97) وهو مقتضى قواعد الحنفية(98)، إذا لم يرد نص صريح يدلّ على حكم المسألة، غير أنه بالتتبع لقواعد المذهب في باب الشروط في المضاربة نجد أن شرط الضمان على المضارب في حالة تلف رأس مال المضاربة من غير تعد، ولا تفريط بطل، وصح العقد، وهذا بخلاف ما ذهب إليه الأنقروي في حاشيته.

وتخريج هذا الحكم على مقتضى قواعد الحنفية يسند على جملة من الاعتبارات، وفيما يلي بيانها:

1- إن إطلاق اسم الوضيعة في المذهب يشمل كل جزء هالك من المال،قال ابن قودر: "الوضيعة اسم لجزء هالك من المال، ولا يجوز أن يلزم غير رب المال"(99).

وقد ثبت أن فقههم لاشتراط الوضيعة على المضارب في المضاربة فاسد غير مفسد للعقد؛ لأنه لا يقطع الشركة بينهما(100)؛ فإذا تقرر ذلك؛ فيلحق به بالاعتبار اشتراط الضمان على المضارب في حالة عدم التعدي، أو التفريط؛ لأنه لا يقطعها كذلك؛ فكلاهما لا يؤدي إلى جهالة في الربح، وهذا التساوي في الاعتبار يقتضي التساوي في الحكم، وهو أن الشرط فاسد غير مفسد للعقد.

2- من المقرر فقهياً في قواعد الحنفية أن الشرط المفسد للعقد هو ما يؤدي إلى قطع الشركة بينهما، أو جهالة في الربح، وما عدا ذلك لا يفسد المضاربة(101).

قال الزيلعي: "وشرط الوضيعة شرط زائد لا يوجب قطع الشركة في الربح، ولا الجهالة فيه؛ فلا يكون مفسداً، وتكون الوضيعة، وهو الخسران على رب المال؛ لأن ما فات جزء من المال بالهلاك، يلزم صاحب المال دون غيره، والمضارب أمين فيه فلا يلزمه بالشرط؛ فصار الأصل فيه أن كل شرط يوجب جهالة في الربح، أو قطع الشركة فيه مفسد وما لا فلا"(102)

و به تكون العبرة في فساد العقد بالشروط الفاسدة في باب المضاربة ما كان يؤدي إلى قطع الشركة، أو جهالة الربح، وشرط الضمان في هذه الحالة لا يؤدي إلى قطع الشركة، أو إلى جهالة في الربح؛ فكان شرطاً زائداً لا يعتد به، فيفسد في ذاته، ولا يفسد به العقد.

ومما يؤيد اعتبار شرط الضمان على المضارب شرطاً زائداً ما تقرر في قواعد المذهب من أنه لا ضمان على المضارب إذا فسدت المضاربة بالهلاك بغير صنعه(103)، ومقتضى هذا الأصل أن اشتراط الضمان عليه باطل.

3- إن أصول الحنفية في التمييز ما بين الشرط الفاسد في ذاته، والشرط الفاسد لغيره لا تخرج عن هذين الأصلين:(104)

أ- إن كان العقد من قبيل مبادلة مال بمال؛ فإنه يفسد بالشرط الفاسد؛ كالبيع.

ب- إن كان العقد ليس من قبيل مبادلة مال بمال؛ فإنه لا يفسد بالشرط الفاسد؛ لأن الشروط الفاسدة من قبيل الزيادة؛ فيكون فضل خال عن العوض؛ فيكون ربا، والربا لا يتصور في المعاوضات الغير المالية؛ بل يفسد الشرط ويصح العقد.

وذكر ابن عابدين(105) أن المضاربة من قبيل هذا النوع؛ فلا تبطل بالشرط الفاسد لعدم المعاوضة المالية؛ لأنها لا تؤثر فيها الشروط الفاسدة.

ووفق ذلك؛ فإن اشتراط الضمان على المضارب في حالة عدم التعدي فاسد لا يؤثر على العقد؛ فيبطل الشرط، ويصح العقد.

وهذا التفصيل يبين الأساس الذي بنى عليه الأنقروي قوله بفساد المضاربة بالشرط الفاسد، واعتبارها من قبيل الأصل الأول، وهو مبادلة مال بمال، وهو اعتبار فاسد؛ لأن المضاربة من عقود المعاوضات الغير مالية، كما بين ابن عابدين ذلك، والشروط الفاسدة لا تؤثر فيها.

ويمكن أن نستدلّ للحنفية وفق منهجهم في شرط الضمان في المضاربة بالأدلة التالية:

1- إن الشروط الفاسدة لا تبطل العقد، كالنكاح(106).

2- إن هذا النوع من الشروط لا يؤدي إلى قطع الشركة، ولا إلى جهالة الربح؛ فلا يؤثر على العقد؛ فيفسد الشرط، ويصح العقد(107).

3- اعتبارها بالوكالة، والوكالة لا يبطلها الشرط الفاسد(108).

4- إن المضارب أمين؛ فلا يلزمه الضمان بالشرط(109).

وقد أوردنا على هذه الأدلة ما يرد عليها من اعتراضات في اشتراط تحمل المضارب للخسارة.

موقف القانون المدني الأردني من شرط الضمان على المضارب في حالة تلف رأس المال من غير تعد، أو تفريط:

لم ينص القانون المدني الأردني في مواده الخاصة بأحكام المضاربة على حكم الشرط، والعقد في حالة اشتراط رب المال على المضارب ضمان مال المضاربة في حالة تلفه بلا تعد، أو تفريط، إلاّ أنه يمكن الوقوف على حكم هذا الشرط ومصير العقد في ظل اشتراطه من خلال الأحكام العامة للعقد، والأحكام الخاصة بالمضاربة الواردة في نصوصه، وذلك على التفصيل التالي:

1- حكم الشرط في القانون

نصت المادة (623) فقرة (2) من القانون المدني الأردني

على أنه:" يكون المضارب أميناً على رأس المال، وشريكاً في الربح".

ومنطوق هذا النص أن العامل أمين في مال المضاربة، والأمين كما هو مقرر في القواعد العامة للمضاربة عند الفقهاء لا يضمن إذا لم يفرط، أو يعتدي على المال.(110)

وهذا يتأكد من خلال المادة (628) فقرة (2) من القانون التي نصت على أنه:" إذا تلف شيء من مال المضاربة حسب من الربح؛ فإن جاوزه حسب الباقي من رأس المال، ولا يضمنه المضارب".

ومقتضى دلالة اعتبار القانون أن المضارب أمين في مال المضاربة، وأنه لا يضمن من غير تعد، أو تفريط أن شرط ضمانه في حال تلفه شرط باطل، لا يعتد به قانوناً. وهذا القدر الذي أمكننا الوقوف عليه من خلال الأحكام الخاصة بالمضاربة متفق عليه بين جميع الفقهاء كما ورد ذلك في بحث المسألة.

2- حكم العقد في القانون

لم يرد في الأحكام الخاصة بالمضاربة حكم العقد في حالة بطلان شرط الضمان على المضارب إلاّ أننا بالرجوع إلى الأحكام العامة للعقد، وما يرد عليه من شروط في القانون وجدنا أن العقد صحيح، فقد نصت المادة (164) فقرة (2) على أنه:" كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين، أو للغير ما لم يمنعه الشارع، أو يخالف النظام العام، أو الآداب وإلا لغا الشرط، وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً".

ومما يمكن أن يؤيد هذا الربط القانوني ما بين الأحكام الخاصة للمضاربة، والأحكام العامة للعقد في القول بأن العقد صحيح في حالة اشتراط الضمان على المضارب في حالة التلف بلا تعد، أو تفريط ما ورد في المادة (628) فقرة (1) من القانون التي تنص على أنه: "يتحمل رب المال الخسارة وحده، ولا يعتبر أي شرط مخالف"؛ فما الخسارة إلا جزء تالف من المال(111)، وما الخسران والتلف إلا نقصان في رأس المال؛ فإذا كان اشتراط تحمل الخسارة على المضارب في العقد باطلاً، والعقد صحيحاً؛ فكذلك الأمر بالنسبة لاشتراط تحمل التلف في حالة عدم التعدي والتفريط، وذلك للاعتبارات التالية:

1- إن المضارب في الحالتين أمين، والأمانة علة لعدم الضمان(112)، فكان إيجاب الضمان على المضارب في الحالتين منافياً للمضاربة.

2- إن الشرط في حالة الخسارة والتلف من غير تعد شرط زائد فلا يوجب الجهالة في الربح، أو قطع الشركة؛ فلا تفسد المضاربة ،حيث إن الشروط الفاسدة لا تفسد المضاربة(113).

3- ويمكن الاستناد في تأييد منطقية الربط بين هذه النصوص القانونية لبيان حكم العقد إلى المادة (1428) من مجلة الأحكام العدلية، التي استند إليها القانون المدني الأردني في تنظيمه القانوني لموضوعاته، حيث نصت على أنه:" يعود الضرر والخسار في كل حال على رب المال، وإذا شرط أن يكون مشتركاً بينهما فلا يعتبر ذلك الشرط".

قال علي حيدر: "يعود الضرر والخسار في كل حال على رب المال إذا تجاوز الربح إذ يكون الضرر والخسار في هذا الحال جزءاً هالكاً من المال؛ فلذلك لا يشترط على غير رب المال ولا يلزم به آخر"(114).

ووجه الاستشهاد بالنص السابق أن كلمة الضرر تشمل ما وقع من نقص في رأس المال بسبب التلف أيضاً؛ فيتحد الحكم في الحالتين.

وهذا الحكم هو مذهب الحنفية خلافاً للأنقروي، والحنابلة في الرواية الراجحة حيث أبطلوا الشرط، وصححوا العقد، لعدم تأثيره على مقتضاه.

والذي يترجح للباحثين في المسألة ما يأتي:

1- بطلان شرط ضمان المضارب في حالة وقوع التلف في رأس مال المضاربة بلا تعد، أو تفريط.

وهذا قدر متفق عليه بين الفقهاء؛ لأنه أمين؛ فلا يلزمه الشرط، قال ابن عابدين:" لأنه أمين علة لعدم الضمان"(115).

2- إن اشتراط الضمان على المضارب في حالة التلف بلا تعد، أو تفريط لا يؤثر على العقد؛ لأنه شرط زائد لا يعتد به؛ فهو فاسد في ذاته غير مفسد للعقد؛ فإذا اقترن بالعقد حكمنا ببطلانه، وصححنا العقد.

رابعاً: شرط الضمان على العامل للنقص الحادث في رأس المال في حالة التعدي، ومخالفة الإذن في التصرف في المال

تتنوع مظاهر التعدي في مال المضاربة من قبل المضارب، ويتصور ذلك فيما يأتي:(116)

1- استهلاك المضارب رأس مال المضاربة بالاتفاق على نفسه، أو على غيره منه.

2- تعمد المضارب إتلاف المال على صاحبه عن قصد، بأن يقوم بحرقه، أو اهلاكه بغرق، أو نحو ذلك.

3- تفريط المضارب في حفظ المال؛ فيتعرض للسرقة، أو الغرق، أو التلف لسوء التخزين، وما شابه ذلك.

4- التصرف برأس المال على خلاف مقتضى

المضاربة، بأن يقوم بأعمال ليست من أعمال المضاربة، من مثل الهبة، أو الصدقة، أو الإقراض.

5- مخالفة المضارب لإذن رب المال في التصرف؛ إذ من المعلوم فقهياً، أن المضاربة تقبل القيد المفيد من قبل صاحب المال؛ لأن التجارة تختلف باختلاف الأمكنة، والأزمنة، والأشخاص، والسلع، وهي بهذا تعرف بالمضاربة المقيدة(117).

والتباين في اعتبار القيود الواردة على المضاربة في المذاهب الفقهية أمر ملحوظ؛ فمنهم من وسع من اعتبارها في العقد، ومنهم من ضيق منها قدر الإمكان تحاشياً للتحجير على المضارب.

فنرى أن الحنفية(118)، والحنابلة(119) من أكثر المذاهب الفقهية توسعاً في الأخذ بالقيود الواردة على المضارب في التصرف في مال المضاربة.

فالحنفية(120) يرون أن لرب المال أن يخصه ببلد، أو بشخص بعينه أو بنوع من أنواع التجارة.

وكما أن الحنابلة(121) لا يفرقون بين ما يعم وجوده، أو لا يعم، أو يكثر وجوده ، أو يقل.

ودليلهم على تخصيصه بهذه الصورة؛ لأنه عقد يصح تخصيصه؛ كالوكالة(122).

أما المالكية(123)، والشافعية(124)؛ فهم من أكثر المذاهب تضييقاً في مجال اشتراط القيود على المضارب في المضاربة؛ فهم يشترطون أن تكون التجارة في جنس يعم؛ كالثياب والطعام في وقتها، أما إذا كانت فيما لا يعم، أو يندر وجوده، أو على سلعة بعينها؛ فلا يصح هذا الاشتراط لما فيه من التضييق على العامل.

كما أن في هذا الاشتراط ما ينافي عقد المضاربة؛ فوجب أن لا يصلح، كما لو شرط عليه الضمان(125) ومنافاة هذا الاشتراط لعقد المضاربة يأتي من حيث إن المقصود بالمضاربة النماء والربح، وقد لا يتحصل مع هذا الاشتراط؛ فيبطل مقصود القراض.(126)

وإذا كانت المضاربة تقبل التقييد بالقيد المفيد على الجملة، مع مراعاة التباين الذي مر بين الفقهاء؛ فإنها تقبل الاشتراط من رب المال على المضارب في خصوص التصرف؛ فإذا خص له التصرف لم يجز له أن يتجاوزه، أو يخالف إذن رب المال في أمره بخصوص التصرف(127)

جاء في الفتاوى الهندية ما نصه:" الأصل أن رب المال متى شرط على المضارب شرطاً في المضاربة إن كان شرطاً لرب المال فيه فائدة؛ فإنه يصح، ويجب على المضارب مراعاته، والوفاء به، وإذا لم يف به صار مخالفاً، وعاملاً بغيره، وإن كان شرطاً لا فائدة فيه لرب المال؛ فإنه لا يصح ، ويجعل كالمسكوت عنه"(128).

وقال الباجي:" إن من شرط على العامل أن لا يتجر بسلعة معينة، أو بالحيوان؛ فذلك جائز، وله شرطه؛ لأنه قد أبقى له من السلع مالا يعدم التجارة فيها في بلد من البلدان، ولا وقت من الأوقات، وهذا شرط في صحة القراض"(129).

وقال النووي: "إذا جرى تعيين صحيح لم يكن للعامل مجاوزته كما في سائر التصرفات المستفادة بالإذن"(130).

وقال ابن قدامة:" والشروط في المضاربة تنقسم قسمين: صحيح، وفاسد؛ فالصحيح: مثل أن يشترط على العامل أن لا يسافر بالمال، أو أن يسافر به، أو لا يتجر إلا في بلد بعينه، أو نوع بعينه،أو لا يشتري إلا من رجل بعينه، فهذا كله صحيح سواء كان هذا النوع مما يعم وجوده، أو لا يعم، والرجل ممن يكثر عنده المتاع، أو يقل".(131)

ودليلهم على صحة اشتراط رب المال على المضارب خصوص التصرف ما يأتي:

1- ما روي عن حكيم بن حزام صاحب رسول الله – صلى الله عليه وسلم -: "أنّه كان يشترط على الرجل إذا أعطاه مالاً مقارضة يضرب له به أن لا تجعل مالي في كبد رطبة، ولا تحمله في بحر، ولا تنزل به بطن مسيل؛ فإن فعلت شيئاً من ذلك فقد ضمنت مالي"(132).

وزاد البيهقي لفظة:" فإذا تعدى أمره ضمنه من فعل ذلك"(133). وهذه الزيادة فيها دلالة صريحة على أن مخالف شرط رب المال توجب الضمان على العامل.

2- ما روي عن ابن عباس قال: كان العباس بن عبد المطلب إذا دفع مالاً مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً، ولا ينزل به وادياً، ولا يشترى به ذات كبد رطبة؛ فإن فعل فهو ضامن؛ فرجع شرطه إلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فأجازه "(134).

ففي الحديث دلالة على جواز اشتراط رب المال على المضارب خصوص التصرف، وفي مخالفته لشرطه ضمان المال.

3- ولأنها وكالة، وفي التخصيص فائدة فيتخصص(135).

4- لأن المضارب لم يملك التصرف إلا بتفويض رب المال فيتقيد بما فوض إليه(136).

5- واشتراط التقييد معتبر؛ لأن التجارة تختلف باختلاف الأمكنة، ولأمتعة، والأوقات، والأشخاص(137).

حكم تعد المضارب في جميع الحالات السابقة

اتفق الفقهاء من الحنفية(138)، والمالكية(139)، والشافعية(140)، والحنابلة(141) على أنه إذا تعد المضارب في مال المضاربة، أو خالف شرط رب المال في خصوص التصرف ضمن.

وينبغي ملاحظة أن هذا الحكم على الإجمال لسببين:

1- إن الفقهاء يختلفون فيما هو تعد، وما هو ليس بتعد، قال ابن رشد: "وأنه لا ضمان على العامل فيما تلف من رأس المال إذا لم يتعد، وإن كانوا اختلفوا فيما هو تعد مما ليس بتعد".(142)

وبناء على ذلك؛ فمن يذهب منهم إلى اعتبار بعض التصرفات من المضارب من باب التعدي؛ فإنه يضمن بها، ومن يذهب إلى عدم اعتبارها؛ فلا يضمن بها.

2- إن المذاهب الفقهية متباينة في اعتبار القيود في عقد المضاربة؛ فمنهم من يوسع من دائرتها، ومنهم من يضيق منها.

وبناء على ذلك يختلف الحكم بحسب الحالة التي يعتبر فيها التقييد من عدمه.

وفيما يلي بعض النصوص الفقهية التي تبين حكم الضمان على المضارب في حالة التعدي، أو المخالفة:

1- قال الطحاوي:" إذا شرط على المضارب خصوص التصرف: قال أصحابنا: إذا شرط على المضارب أن لا يشتري إلا من فلان، أو لا يشتري إلا الرقيق، أو على أن لا يبيع، ولا يشتري إلا بالكوفة كان ذلك على ما شرط لا ينبغي إن يتجاوزه؛ فإن تعداه ضمن"(143).
2- قال ابن نصر: "وإن كان فيه وضيعة فمن مال رب المال إلا أن يكون بتعد من العامل؛ فيلزمه بتعديه"(144).
3- قال ابن قدامة:" إذا تعدى المضارب، وفعل ما ليس له فعله، أو اشترى شيئاً نهى عن شرائه فهو ضامن للمال"(145).

ودليلهم على ضمانه بالتعدي والمخالفة ما يأتي:

1- لأن المضارب بالمخالفة صار غاصباً؛ فيأخذ حكم الغصب لوجود التعدي منه على مال الغير(146).
2- إذا خالف المضارب أمر رب المال كان متعدياً على مال غيره فيكون ضامناً(147).
3- إن التعدي يخرج المال عن أمانته؛ فيضمن به(148).
4- إنه متصرف في مال غيره بغير إذنه؛ فلزمه الضمان كالغاصب(149).

حكم اشتراط الضمان على المضارب في حالة التعدي، ومخالفة الإذن في التصرف

ويمكن تخريج حكم اشتراط الضمان على المضارب بالاستناد إلى مقدمتين أساسيتين، وهما:

أ- قبول المضاربة التقييد بالقيد المفيد، ولزوم الوفاء به.
ب- ضمان المضارب في حالة التعدي، ومخالفة الإذن في التصرف.

الحالة الأولى: اشتراط الضمان على المضارب في حالة التعدي:

فالأصل أنه لا يجوز للمضارب التعدي في مال المضاربة، فإذا تعدى خرج عن كونه أميناً إلى كونه متعدياً، وبالتعدي خرج المال من دائرة الأمانة دائرة الضمان.

وفي الاشتراط عليه الضمان حالة التعدي انسجام مع مقتضى المضاربة؛ لأن الأصل عدم التعدي، و به يخرج عنه؛ فكان الاشتراط متفقاً مع هذا الأصل؛ فيعتد به.

وتخريجاً على ذلك؛ فالشرط جائز، والعقد صحيح؛ ويجب على المضارب الالتزام به، وإلا ضمن ما أتلف من المال بتعديه.(150)

ومما يؤيد هذا التخريج ما ذهب إليه المالكية من جواز اشتراط رب المال على العامل أن يأتيه بضامن يضمنه فيما يتعلق بتعديه. قال الصاوي:" وأما إن دفع رب المال للعامل واشترط عليه أن يأتيه بضامن يضمنه فيما يتعلق بتعديه فلا يفسد بذلك؛ لأن الشرط جائز"(151).

ونص فقهاء المالكية على أن بطلان الشرط وفسد القراض يكون في حالة اشتراط الضمان على المضارب مطلقاً، أما إذا قيد ذلك بالتعدي، فلا يفسد به القراض(152).

ويستدلّ على ذلك بما يأتي:

1- إن التعدي يغير صفة يد المضارب من يد أمانة إلى يد ضمان.(153)

2- إن الأصل في المضاربة أن يعمل المضارب ما فيه تنمية المال تحصيلاً للربح، والتعدي مناقض لهذا الأصل؛ فيضمن به.

وهذا الحكم وإن لم يصرح الفقهاء به إلا أنه يمكن الوقوف على دلالاته من خلال نصوصهم الفقهية، ومنها:

قال ابن عابدين: "وإن استهلكه المضارب ضمنه، ولم يكن له الشراء بعد ذلك لصيرورته ضميناً"(154)

وقال ابن نصر: "وإن تلف المال، أو وضع ضمن العامل بتعديه"(155).

وقال الحصني: "العامل أمين؛ لأنه قبض المال بإذن مالكه؛ فأشبه سائر الأمناء؛ فلا ضمان عليه إلا بالتعدي

لتقصيره؛ كالأمناء"(156).

وقال ابن قدامة: "إذا تعدى المضارب بفعل ما ليس له؛ فهو ضامن؛ لأنه تصرف بغير إذن المالك؛ فيصير كالغاصب(157).

وقال ابن تيمية: "وأما العامل فإن خان، أو فرط فعليه الضمان".(158)

الحالة الثانية: اشتراط الضمان على المضارب في حالة مخالفة الإذن في التصرف

فقد تبين سابقاً، أنه يجوز لرب المال أن يشترط على المضارب خصوص التصرف؛ لأن المضاربة تقبل التقييد بالقيد المفيد، وذلك على التباين في اعتبار بعض القيود من عدمها بين الفقهاء في شتى مذاهبهم.

وتخريجاً على ذلك؛ فإنه يجوز اشتراط الضمان على المضارب في حالة المخالفة لإذن رب المال.

وتخريج الحكم لهذا الشرط يفيد ما يأتي:

أ- إن الشرط صحيح، ويجب على المضارب مراعاته، والوفاء به؛ وعدم الوفاء به يوجب ضمان المضارب.

ب- إن العقد صحيح، لعدم منافاته لمقتضى المضاربة.

هذا وإن لم يصرح الفقهاء في حكم اشتراط الضمان على المضارب في حالة مخالفته لإذن رب المال، إلا أنه يمكن أن نلمس دلالاته من خلال نصوصهم الفقهية، ومنها.

قال ابن قودر: "وإذا خالف كان غاصباً لوجود التعدي منه على مال غيره"(159)

وقال الكاساني: "ولا ضمان على المدفوع إليه المال ما لم يخالف"(160)

وقال ابن عبد البر: "وإذا تعدى ما أمره به رب المال ضمن ما أدركه في المال من درك،وخرج عن أمانته بتعديه".(161)

وقال البيجوري: "فمتى خالف في شيء مما وجب عليه ضمن، كأن سافر في بر، أو بحر بغير إذن لما فيه من الخطر"(162).

وقال الشربيني: "فإن سافر بغير إذن، أو خالف فيما أذن له فيه ضمن"(163).

وقال المرداوي: "مبنى المضاربة على الأمانة والوكالة؛ فإن خالف العامل صار غاصباً(164).

وقال ابن قدامة:"... أو اشترى شيئاً نهى عن شرائه فهو ضامن للمال"(165).

ويستدلّ على ذلك بما روي عن عروة بن الزبير وعن غيره أن حكيم بن حزم صاحب رسول الله – صلى الله عليه وسلم – كان يشترط على الرجل إذا أعطاه مالاً مقارضة يضرب له به: أن لا تجعل مالي في كبد رطبة، ولا تحمله في بحر، ولا تنزل به في بطن مسيل؛ فإن فعلت شيئاً من ذلك فقد ضمنت مالي"(166)

وبما روي عن ابن عباس قال: كان العباس بن عبد المطلب إذا دفع مالاً مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً، ولا ينزل به وادياً، ولا يشترى به ذات كبد رطبة؛ فإن فعل فهو ضامن؛ فرفع شرطه إلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فأجازه "(167).

ولأنه بالمخالفة خرج عن كونه أميناً إلى كونه ضامناً.

ولأن مخالفة إذن رب المال في التصرف من باب التعدي، والمتعدي يضمن بتعديه.(168)

موقف القانون المدني الأردني من شرط الضمان على المضارب في حالة التلف بالتعدي، ومخالفة الإذن في التصرف

أخذ القانون بما ذهب إليه الفقهاء من أن المضاربة قد تكون مطلقة، أو مقيدة؛ فقد نصت المادة (624) من القانون المدني الأردني على أنه:" يصح أن تكون المضاربة عامة مطلقة، أو خاصة مقيدة بزمان، أو مكان، أو بنوع من التجارة، أو بغير ذلك من الشروط المقيدة".

واعتبر المضاربة في حالة الإطلاق (العموم) مقيدة بما يجرى عليه العرف فيما يتعلق بتصرفات المضارب في مال المضاربة؛ فقد ورد في المادة (625) من القانون المدني الأردني فقرة (1) على أنه: "إذا كان عقد المضاربة مطلقاً اعتبر المضارب مأذوناً بالعمل والتصرف برأس المال في شؤون المضاربة، وما يتفرع عنها وفقاً للعرف السائد في هذا الشأن".

ومما يدلّ ذلك على أن التصرفات التي ليست من باب المضاربة، أو ملحقة بالمضاربة؛ كالاستدانة، أو الهبة، أو الصدقة متوقفة على إذن صريح من رب المال (169) فقد نصت المادة (626)من القانون المدني الأردني فقره (1) على أنه:" لا يجوز للمضارب خلط مال المضاربة بماله، ولا إعطاؤه للغير مضاربة إلا إذا جرى العرف بذلك، أو كان رب المال قد فوضه العمل برأيه".

وفقره (2) على أنه: "لا يجوز له هبة مال المضاربة، ولا اقتراضه، ولا الاقتراض إلى حد يصبح معه الدين أكثر من رأس المال إلا بإذن صريح من رب المال".

واعتد القانون بتقييد المضاربة بالشرط المفيد، وأوجب مراعاته، والوفاء به؛ فقد نصت المادة (625) من القانون

المدني الأردني فقره (2) على أنه: "إذا قيد رب المال المضاربة بشرط مفيد وجب على المضارب مراعاته".

وهذا ما ذهبت إليه مجلة الأحكام العدلية في المادة (1420): "يلزم المضارب في المضاربة المقيدة مراعاة قيد وشرط رب المال مهما كان" وإذا تجاوز المضارب إذن رب المال، وخالف الشرط كان متعدياً على مال الغير(170)؛ فوجب عليه ضمان الخسارة الحادثة على رأس المال؛ فقد نصت المادة (625) من القانون المدني الأردني فقره (2) على أنه:" إذا قيد رب المال المضاربة بشرط مفيد وجب على المضارب مراعاته؛ فإذا تجاوز في تصرفه الحدود المأذون بها فله الربح، وعليه الخسارة، وما أصاب رأس المال من تلف مع ضمان الضرر الذي ينجم عن مثل هذا التصرف".

وهذا ما ورد في المادة (1421) من مجلة الأحكام العدلية: "إذا خرج المضارب عن مأذونيته وخالف الشرط يكون غاصباً، وفي هذا الحال يعود الربح والخسارة في بيع وشراء المضارب عليه، وإذا تلف مال المضاربة يكون ضامناً.

وكما نصت المادة (1422) من مجلة الأحكام العدلية على أن مخالفة أمر رب المال يوجب الضمان على المضارب؛ فقد جاء فيها: "إذا خالف المضارب حال نهى رب المال أياه بقوله له: لا تذهب بمال المضاربة إلى المحل الفلاني، أو لا تبع بالنسيئة؛ فذهب بمال المضاربة إلى ذلك المحل؛ فتلف المال، أو باع بالنسيئة فهلك الثمن يكون المضارب ضامناً".

ومن هذه النصوص القانونية نقف على الدلالات القانونية الآتية

1- إن المضاربة تقبل التقييد بالقيد المفيد.

2- يجب الالتزام بقيد رب المال المفيد، والوفاء به.

3- إذا التزم المضارب بقيود رب المال، وحدث خسران في المال؛ فلا ضمان على المضارب لعدم المخالفة. أما إذا خالف أمر رب المال، وهلك المال بسبب ذلك كان ضامناً له.

4- يلتزم المضارب في المضاربة المطلقة ما جرى به العرف؛ فإذا خالف ذلك كان ضامناً إلاّ إذا صرح له بذلك رب المال.

5- إذا تصرف المضارب بشيء ليس من طبيعة المضاربة، ولا من مقتضاها كان ذلك من باب التعدي؛ فيضمن به.

6- إن العقد باشتراط الضمان على المضارب في حالة التعدي في المضاربة، أو مخالفة شرط رب المال لا يفسد بالشرط، مما يفيد بأن الشرط جائز، والعقد صحيح.

الخاتمـة

وتتضمن أهم النتائج التي توصل إليها البحث:

1- اتفق الفقهاء على بطلان شرط الضمان على المضارب في الحالتين التاليتين:

أ- بطلان شرط ضمان الخسارة على العامل سواء أكان الاشتراط يقتضى تحمل جميع الخسارة، أو بعضها، أو يتحملانها معاً.

فالشرط في جميع الحالات باطل، وذلك لأمرين:

1- إن الشرط على خلاف موجب عقد المضاربة لمنافاته مقتضاها.

2- إن الشرط يتضمن منفعة زائدة لرب المال فوجب بطلانه.

ب- بطلان شرط ضمان المضارب في حالة وقوع التلف في رأس المال بلا تعد، أو تفريط؛ لأن المضارب أمين، والأمين لا يضمن دون تعد، أو تفريط.

وفي الحالتين السابقتين يعتبر القانون المدني الأردني أن هذا الاشتراط باطل، لا يعتد به وفقاً للأحكام الخاصة بالمضاربة؛ فيلزم رب المال بتحمل الخسارة، أو التلف الحاصل لرأس المال دون تفريط، أو تعد.

2- اختلاف الفقهاء في صحة عقد المضاربة إذا تضمن على شرط ضمان العامل في الحالتين التاليتين:

أ- اشتراط ضمان الخسارة الحاصلة في رأس المال.

ب- اشتراط ضمان التلف الحاصل بلا تعد، أو تفريط من المضارب.

وذهب الباحثان في الحالتين إلى ترجيح عدم فساد العقد؛ لأنه لا يؤثر في صحة عقد المضاربة؛ فهو شرط زائد لا يعتد به، فتحصل من ذلك، أن الشرط فاسد في ذاته غير مفسد للعقد.

وهذا الترجيح ذهب مذهب من صحح العقد، وأبطل الشرط، مما ترتب عليه عدم لزوم النقصان الحاصل في رأس المال في الحالات السابقة.

وهذا ما ذهب إليه القانون المدني الأردني، وذلك باعتبار أن الشرط لا قيمة له، وأن الذي يتحمل الخسارة، أو التلف فيهما هو رب المال، وهذا ما وقفنا عليه من خلال الأحكام العامة للعقد في القانون.

3- إن الخسارة تجب في مال المضاربة لا على العامل، وهذا مقتضى أصل المضاربة، إذ من مقتضيات العدالة أن يتحمل رب المال الخسارة، والعامل يكتفي بذهاب

عمله وجهد.

4- إن المضاربة تقبل التقييد بالقيد المفيد، وعلى المضارب أن يلتزم بخصوص التصرف الذي ألزمه به رب المال، وليس للمضارب أن يخالف أمره.

5- إذا تعد المضارب في مال المضاربة ضمن بتعديه.

6- إذا خالف المضارب أمر رب المال ضمن بمخالفته.

7- صحة اشتراط الضمان على المضارب في حالة وقوع التعدي، أو مخالفة إذن رب المال في التصرف.

وفي آخر حالتين يعتبر الشرط والعقد صحيحين، ويجب على المضارب الالتزام به؛ لأنه شرط جائز، ومخالفته توجب الضمان.

وهذا ما دلّت عليه مقتضيات النصوص القانونية في القانون المدني الأردني، إذا يظهر من الأحكام العامة للعقد أن العقد صحيح.

الهوامـش

(1) ابن منظور، لسان اللسان تهذيب لسان العرب، (ط1)،ج1، ص(665). الفيومي، المصباح المنير، ج1، ص(309). الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص (606).

(2) ابن فارس، أحمد، ت(395هـ)، معجم مقاييس اللغة، ط1، ج1، ص(647).

(3) مرعي، القاموس الفقهي، ط1، ص(119).

(4) ابن منظور، لسان العرب، ج8، ص(89-90). الفيومي، المصباح المنير،ج2، ص(364). الرازي، مختار الصحاح، ص(193).

(5) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج2، ص(52).

(6) المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد، ط1، ج5، ص(169). ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج4، ص(134).

(7) الفيومي، المصباح المنير، ج2، ص(364).

(8) ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ط1، ج2، ص(814).

(9) قلعجي، وقنيبي، معجم لغة الفقهاء، (ط1)، ص(285).

(10) الماوردي، الحاوي الكبير، ط1، ج6، ص(431). المرداوي، الإنصاف،ج5، ص(170).

(11) الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ص(100). الرازي، مختار الصحاح، ص(190). الفيومي، المصباح المنير ج2، ص(359).

(12) ابن قودر، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، (ط1)، ج8، ص(467).

(13) قلعجي، وقنيبي، معجم لغة الفقهاء، ص(434).

(14) مالك، ابن أنس، المدونة الكبرى، ج8، ص447. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط1، ج5، ص(165). ابن عبد البر، ط2، ص(385). ابن نصر، المعونة على مذهب عالم المدينة، ط1، ج2، ص(124). الباجي، سليمان بن خلف بن سعد (ت494)، المنتقى شرح موطأ مالك، ط1، ج7، ص(72).

(15) الماوردي، الحاوي الكبير، ط1، ج7، ص(332). الصردفي، المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة، ط1، ج2، ص(70).

(16) ابن قدامة، المغني،ج5، ص(43)، المرداوي، الإنصاف، ج5،ص(383). ابن مفلح، المبدع، ج4، ص(280).

(17) ابن نصر، المعونة، ج2، ص(124).

(18) ابن جزى، القوانين الفقهية، ص(145-146).

(19) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج5، ص(165).

(20) ابن تيمية، فتاوى ابن تيمية، ج29، ص(99-100).

(21) ابن قدامة، المغني، ج5، ص(43). الزركشي، محمد بن عبد الله (ت772هـ)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ط1، ج4، ص(137).

(22) ابن قدامة، المغني،ج5، ص(44).

(23) ابن قدامة، المغني،ج5، ص(43).

(24) ابن مفلح، المبدع،ج4، ص(280).

(25) المعداني، حاشية المعداني، ج2، ص(218).

(26) ابن مفلح، المبدع، ج4، ص(280-284).

(27) ابن تيمية، فتاوى ابن تيمية، ج25، ص(65).

(28) الباجي، المنتقى، ج7، ص(72).

(29) الباجي، المنتقى، ج7، ص(72). ابن مفلح، المبدع،ج4، ص(280).

(30) ابن عابدين، رد المحتار، ج7، ص(393، 390، 385، 384).

(31) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج5، ص(171). الخطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، ط1، ص(399).

(32) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص(523).

(33) ابن نصر، المعونة، ج2، ص(128). ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة،ج3، ص(902)، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج5، ص(171).

(34) الشربيني، مغني المحتاج، ط1، ج3، ص(408). النووي، يحيى بن شرف (ت686هـ)، روضة الطالبين، ج4، ص(211).

(35) ابن قدامة، المغني،ج5، ص(45). المرداوي، الإنصاف،

ج5، ص(387).ابن مفلح، المبدع، ج 4، ص 280.

(36) الشربيني، مغني المحتاج،ج3، ص(408).

(37) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص(408). ابن قدامة، المغني،ج5، ص(45)، ابن مفلح، المبدع،ج4، ص(284).

(38) الشربيني، مغني المحتاج،ج3، ص(408). ابن مفلح، المبدع، ج 3،ص284، التنوخي، الممتع في شرح المقنع، ط1، ج3، ص(397).

(39) المرداوي، الإنصاف،ج5، ص(386).

(40) ابن نصر، المعونة،ج2، ص(129).

(41) ابن أنس، المدونة الكبرى، ج8، ص(447). ابن عبد البر، ط2، ص(385). ابن نصر، المعونة، ج2، ص(128).

(42) ابن نصر، المعونة،ج2، ص(129).

(43) ابن نصر، المعونة،ج2، ص(129). ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج3، ص(903).

(44) ابن نصر، المعونة،ج2، ص(129).

(45) التنوخي، الممتع،ج3، ص(396).

(46) التنوخي، الممتع،ج3، ص(397).

(47) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، ج5، ص(110)، ص(119). قاضي زاده، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، ط1، ج8، ص(473). العيني، البناية في شرح الهداية، ط2، ج5، ص(62).

(48) ابن قدامة، المغني على مختصر الخرقي، ط1، ج5، ص(43). المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط1، ج5، ص(383). ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج4، ص(279).

(49) الوضيعة عبارة عن نقصان رأس المال. ابن قدامة، المغني،ج5، ص(24).

(50) الكاساني، بدائع الصنائع،ج5، ص(110). العيني، البناية في شرح الهداية، ج9، ص(62). الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5، ص(521). ابن قدامة، المغني،ج 5، ص42-43.

(51) أخرجه: الصنعاني، عبد الرزاق ابن الهمام (ت211هـ)، مصنف عبد الرزاق، 1403هـ، ط2، كتاب المضاربة، باب نفقة المضارب ووضيعته،ج8، ص(248). رقم 15087، وقال الألباني: وقيس بن الربيع ضعيف الحفظ، الألباني، محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ط2، ج5، ص(293).

(52) الألباني، إرواء الغليل، ج5، ص(293).

(53) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص(119). الزيلعي، عثمان بن علي (ت743هـ)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط1،ج5، ص(521).

(54) الكاساني، بدائع الصنائع،ج5، ص(119). قاضي زاده، نتائج الأفكار،ج8، ص(473).

(55) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ط1، ج12، ص(315). قاضي زاده، نتائج الأفكار، ج8، ص(473). العيني، البناية في شرح الهداية، ج9، ص(62).

(56) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج12، ص(315).

(57) قاضي زاده، نتائج الأفكار، ج8، ص(473). العيني، البناية في شرح الهداية،ج9، ص(62).

(58) الشلبي، حاشية الشلبي، ج5، ص(521).

(59) الكاساني، بدائع الصنائع،ج5، ص(119). الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5، ص(521). الشلبي، حاشية الشلبي مع تبيين الحقائق للزيلعي، ج5، ص(519).

(60) ابن عابدين، رد المحتار، ج12، ص(362).

(61) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص(119). الشلبي، حاشية الشلبي، ج5، ص(519). ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص(20).

(62) 62- ابن عابدين، رد المحتار،ج11، ص(423)، ابن قدامة، المغني، ج5، ص(65).

(63) الزيلعي، تبيين الحقائق،ج5، ص(521).

(64) ابن قدامة، المغني،ج5، ص(65).

(65) السمناني، على محمد بن أحمد (ت499هـ)، روضة القضاة وطريق النجاة، ط2، ج2، ص(584).

(66) ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج4، ص(279).

(67) ابن قدامة، المغني، ج6، ص(386).

(68) ابن قدامة، المغني، ج5، ص(43).

(69) ابن قدامة، المغني،ج5، ص(44).

(70) ابن قدامة، المغني،ج5، ص(43).

(71) الزركشي، شرح الزركشي،ج4، ص(137).

(72) الماوردي، الحاوي الكبير، ج7، ص(332).

(73) الأنقروي، محمد الحسيني، (ت1098هـ)، الفتاوى الأنقروية،ج2، ص(258).

(74) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد،ج 5،ص162. الشنقيطي؛ تبيين المسالك شرح تدريب المسالك إلى أقرب المسالك، ط2، ج4، ص(168). الزرقاني، (ت1099هـ)، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، ط1، ج6، ص(389).

(75) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار،ج7، ص(384).

(76) الحصني، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ط5، ج1، ص(348). الشيرازي، المهذب،ج1، ص(388)، الصردفي، المعاني البديعة،ج2، ص(70).

(77) ابن قدامة، المغني،ج5، ص(46). ابن قدامة، الكافي، ج2، ص(179). البهوتي، كشاف القناع عن متن الأقناع، ج3، ص522، المرداوي، الإنصاف، ج5، ص(383).

(78) الدردير، أحمد، الشرح الصغير بهامش بلغة السالك،ج3، ص(441).

(79) الأنقروي، الفتاوى الأنقروية،ج2، ص(258). وهذا هو مذهب الحنفية في حال فساد المضاربة.

(80) ابن نصر، المعونة، ج2، ص(128). ابن شاس، عقد

الجواهر الثمينة، ج3، ص(902).

(81) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص(408). النووي، روضة الطالبين، ج4، ص(211).

(82) البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص(511-512).

(83) الأنقروي، الفتاوى الأنقروية، ج2، ص(258).

(84) الشنقيطي، تبيين السالك، ج4، ص(168).

(85) القرافي، أحمد بن إدريس (ت684هـ)، الذخيرة، (ط1)، ج6، ص(72).

(86) التنوخي، الممتع، ج3، ص(397).

(87) ابن قدامة، المغني، ج5، ص(24).

(88) ابن تيمية، فتاوى ابن تيمية، ج25، ص(60). ابن قدامة، المغني، ج5، ص(244).

(89) ابن تيمية، فتاوى ابن تيمية، ج29، ص(101).

(90) الدردير، أحمد، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي، ج3، ص(520). المعداني. حاشية المعداني على الشرح والتحفة بهامش شرح ميارة الفاسي، ط1، ج2، ص(218).

(91) الحصني، كفاية الأخيار، ج1، ص(348).

(92) الشيرازي، المهذب، ج1، ص(388).

(93) ابن عابدين، رد المحتار، ج12، ص(362، 369، 415). ابن قدامة، المغني، ج5، ص(48-65).

(94) ابن قدامة، الكافي، ج2، ص(186). البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص(522- 523).

(95) ابن قدامة، الكافي، ج2، ص(179). البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص(509).

(96) ابن مفلح، المبدع، ج4، ص(280).

(97) المرداوي، الانصاف، ج5، ص(383).

(98) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5، ص(521). ابن عابدين، رد المحتار، ج12، ص(315-316).

(99) ابن قودر، نتائج الأفكار، ج7، ص(473).

(100) ابن عابدين، رد المحتار، ج12، ص(315، 316). الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5، ص(521).

(101) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5، ص(521).

(102) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5، ص(521).

(103) الطوري، محمد بن حسين بن علي (1138هـ)، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط1، ج7، ص(449).

(104) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج7، ص(384-385-393-394-395).

(105) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج7، ص(395).

(106) ابن مفلح، المبدع، ج4، ص(279).

(107) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص(119). الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5، ص(521).

(108) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص(119). ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص20.

(109) ابن عابدين، رد المحتار، ج8، ص 386. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5، ص(521).

(110) ابن عابدين، رد المحتار، ج12، ص(344). ميارة، شرح ميارة الفاسي، ج2، ص(218). الشيرازي، المهذب، ج1، ص(388). البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص(522).

(111) ابن قودر، نتائج الأفكار، ج7، ص(473).

(112) ابن عابدين، رد المحتار، ج12، ص(344).

(113) حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ط1، ج3، ص(459).

(114) حيدر، درر الحكام، ج3، ص(459).

(115) ابن عابدين، رد المحتار، ج12، ص(344).

(116) ابن عابدين، رد المحتار، ج12، ص(343). الأنقروي، الفتاوى الأنقروية، ج2، ص(253)، الخرشي، حاشية الخرشي، ج7، ص(165). حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج3، ص(443)

(117) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص(137). ابن مودود، الاختيار، ج3، ص(21)، حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج3، ص(427- 428- 429). ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج12، ص(324).

(118) ابن مودود، الاختيار، ج3، ص(21). الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، ج4، ص(38- 39).

(119) ابن قدامة، المغني، ج5، ص(43).

(120) ابن مودود، الاختيار، ج3، ص(21).

(121) ابن قدامة، المغني، ج5، ص(43).

(122) ابن قدامة، المغني، ج5، ص(43). ابن قدامة، الكافي، ج2، ص(178). ابن مفلح، المبدع، ج4، ص(278).

(123) الباجي، المنتقى، ج7، ص86. السيوطي، تنوير الحوالك، ص(522).

(124) الشيرازي، المهذب، ج1، ص(386).

(125) الباجي، المنتقى، ج7، ص(86).

(126) الباجي، المنتقى، ج7، ص(86). الشيرازي، المهذب، ج1، ص(386)

(127) نظام وآخرون، الفتاوى الهندية، ج4، ص(324). الأنقروى، الفتاوى الأنقروية، ج2، ص(256)، ابن عبد البر، الكافي، ص(385)، الخرشي، حاشية الخرشي، ج7، ص(164). الشيرازي، المهذب، ج1، ص(386)، النووي، روضة الطالبين، ج4، ص(207). ابن قدامة، الكافي، ج2، ص(182).

(128) نظام وآخرون، الفتاوى الهندية، ج4، ص(324).

(129) الباجي، المنتقى، ج7، ص(85-86).

(130) النووي، روضة الطالبين، ج4، ص(207).

(131) ابن قدامة، المغني، ج5، ص(43).

(132) الدارقطني، سنن الدارقطني، كتاب البيوع، ج3، ص(63). البيهقي، السنن الكبرى، كتاب القراض، ج6، ص(111).

(133) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب القراض، ج6، ص(111).

(134) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب القراض، ج6، ص(111).

(135) ابن مودود، الاختيار، ج3، ص(21).
(136) ابن عابدين، رد المحتار،ج12، ص(323).
(137) ابن عابدين، رد المحتار،ج12، ص(323).
(138) ابن عابدين، رد المحتار،ج12، ص(325-343)، الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء،ج4، ص(39). نظام، الفتاوى الهندية، ج4، ص(324).
(139) ابن رشد، بداية المجتهد،ج5، ص(164). السيوطي، تنوير الحوالك، ص(525). ابن نصر، المعونة،ج2، ص(124). ابن عبد البر، الكافي، ص(385). ابن جزى، القوانين الفقهية، ص(186).
(140) الشيرازي، المهذب، ج 1، ص 388. النووي، روضة الطالبين، ج4، ص 219. الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص411. البيجوري، حاشية البيجوري، ج2، ص42. البكري، حاشية إعانة الطالبين، ج3، ص101.
(141) ابن قدامة، المغني، ج5، ص 34. ابن قدامة، الكافي، ج2، ص 182. المرداوي، الإنصاف، ج3، ص384 – 386. ابن تيمية، فتاوى ابن تيمية، ج30، ص88،48.
(142) ابن رشد، بداية المجتهد، ج5، ص166.
(143) الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، ج4، ص38– 39.
(144) ابن نصر، المعونة، ج2، ص124.
(145) ابن قدامة، المغني، ج5، ص34.
(146) ابن مودود، الاختيار، ج3،ص 21. ابن قودر، نتائج الأفكار، ج8، ص468- 469.
(147) ابن عابدين، رد المحتار، ج12، ص 307.
(148) ابن عبد البر، الكافي،ص 385.
(149) ابن قدامة، المغني، ج5، ص34. ابن قدامة، الكافي، ج2، ص182.
(150) الزرقاني، شرح الزرقاني، ج6، ص389. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص520.
(151) الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج3، ص(437).
(152) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص(520).
(153) ابن عبد البر، الكافي، ص(385).
(154) ابن عابدين، رد المحتار،ج12، ص(343).
(155) ابن نصر، المعونة، ج2، (127).
(156) الحصني، كفاية الأخيار، ج1، ص(348).
(157) ابن قدامة، الكافي،ج2، ص(182).
(158) ابن تيمية، فتاوى ابن تيمية، ج30، ص(48).
(159) ابن قودر، نتائج الأفكار،ج8، ص(468-469).
(160) الكاساني، بدائع الصنائع،ج5، ص(110).
(161) ابن عبد البر، الكافي، ص(385).
(162) البيجوري، حاشية البيجوري، ج2، ص(42).
(163) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص(411).
(164) المرداوي، الإنصاف، ج5، ص(386).
(165) ابن قدامة، المغني،ج5، ص(34).
(166) الدارقطني، سنن الدارقطني، كتاب البيوع، ج3، ص(63). واللفظ له. البيهقي، السنن الكبرى، ط1، كتاب القراض،ج6، ص(111). وقال الألباني: وهذا سند صحيح على شرط الشيخين. الألباني، محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ط2، ج5، ص(293).
(167) البيهقي، السنن الكبري، كتاب القراض، ج6، ص(111). تفرد به أبو الجارود زياد بن المنذر، وهو ضعيف.
(168) ابن عابدين، رد المحتار، ج12، ص(307).
(169) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام،ج3، ص(443).
(170) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام،ج3، ص(452).

المصادر والمراجع

الألباني، محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، إشراف زهير الشاويش، 1985م، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2.

أنس، مالك (179هـ)، المدونة الكبرى، تحقيق السيد علي الهاشم، 1422هـ.

الأنقروي، محمد الحسيني، (ت1098هـ)، الفتاوى الأنقروية، طبع الآستانة إبان السلطان عبد العزيز خان (1281هـ).

الباجي، سليمان بن خاف بن سعد (ت494)، المنتقى شرح موطأ مالك، تحقيق محمد عبد القادر عطا، 1999م، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1.

البكري، محمد شطا الدمياطي، حاشية إعانة الطالبين، دار الفكر، بيروت.

البهوتي، منصور بن إدريس (ت1046هـ)، كشاف القناع عن متن الأقناع، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، 1982م، بيروت، دار الفكر.

البيهقي، أحمد بن الحسين (ت458هـ)، السنن الكبرى، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية – الهند، 1352هـ، ط1.

التنوخي، زين الدين المنجي، الممتع في شرح المقنع، تحقيق عبد الملك دهيش، 1997م، بيروت، دار خضر، ط1.

تيمية، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام (728هـ)، فتاوى ابن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد العاصمي.

جزى، محمد بن أحمد (741هـ)، القوانين الفقهية، بيروت، دار الكتب العلمية.

الحصني، تقي الدين أبي بكر بن محمد، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تحقيق علي أبو الخير ومحمد سليمان، 2004م ، بيروت، دار الخير، ط5.

حيدر، علي، 1991م، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، بيروت، دار الجيل، ط1.

الخرشي، محمد بن عبدالله (ت1101هـ)، حاشية الخرشي على مختصر خليل، تحقيق زكريا عميرات، (1417هـ - 1997م)، دار الكتب العلمية بيروت، ط1.

الخطاب، محمد بن محمد (ت954)، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق عبد السلام الشريف، 1984، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ط1.

الدارقطني، على بن عمر (ت385هـ)، سنن الدارقطني، كتاب البيوع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1993م.

الدردير، أحمد، الشرح الصغير بهامش بلغة السالك لأقرب المسالك، تحقيق محمد عبد السلام شاهين (1415هـ - 1995م)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.

الدردير، أحمد، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بيروت، دار الفكر.

الدسوقي، محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بيروت، دار الفكر.

الرازي، محمد بن أبي بن عبد القادر، مختار الصحاح، تحقيق عصام الحرستاني، 1996م، دار عمار، عمان، ط(1).

رشد، محمد بن أحمد بن محمد (ت595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق على معوض وعادل عبد الموجود، 1996م، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1.

الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد، (ت1099هـ)، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، تحقيق عبد السلام أمين، 2002م، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1.

الزركشي، محمد بن عبد الله (ت772هـ)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، تحقيق عبد الله الجبرين، 1993م، الرياض، مكتبة العبيكان، ط1.

الزيلعي، عثمان بن علي (ت743هـ)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، تحقيق أحمد عناية، 2000م، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1.

السمناني، على محمد بن أحمد (ت499هـ)، روضة القضاة وطريق النجاة، تحقيق صلاح الدين الناهي، 1984، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط2.

شاس، عبد الله بن نجيم، ت(616هـ)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق حميد بن محمد لحمر، 2003م، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ط1.

الشربيني، محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، 1994م، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1.

الشنقيطي؛ محمد الشيباني بن محمد أحمد، تبيين المسالك شرح تدريب المسالك إلى أقرب المسالك، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1995م، ط2.

الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف، المهذب في فقه الامام الشافعي، دار الفكر.

الصاوي، أحمد، بلغة السالك لأقرب المسالك، تحقيق محمد عبد السلام شاهين (1415هـ - 1995م)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.

الصردفي، محمد بن عبد الله أبي بكر (ت792هـ)، المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة، تحقيق محمد مهنى، 1999م، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1.

الصنعاني، عبد الرزاق ابن الهمام (ت211هـ)، مصنف عبد الرزاق، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، 1403هـ، بيروت، المكتب الإسلامي، ط2.

الطحاوي، أحمد بن محمد بنسلامة (ت321)، مختصر اختلاف العلماء، تحقيق عبدالله نذير أحمد(1416هـ - 1995م)، بيروت، دار البشائر الاسلامية، ط1.

الطوري، محمد بن حسين بن علي (1138هـ)، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تحقيق زكريا عميرات، 1997م، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.

عابدين، محمد بن عمر بن عبد العزيز (ت1252هـ)، رد المحتار على الدر المختار، تحقيق محمد حلاق وعامر حسين، 1998م، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط1.

عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد، الكافي في فقه أهل المدينة، بيروت، دار الكتب العلمية، 1992م، ط2.

العيني، محمود بن أحمد، 1990م، البناية في شرح الهداية، بيروت، دار الفكر، ط2.

فارس، أحمد، ت(395هـ)، معجم مقاييس اللغة، وضع حواشيه إبراهيم شمس الدين، 1999م، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1.

الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب (ت817هـ)، القاموس المحيط، ضبط وتوثيق يوسف البقاعي، دار الفكر، بيروت، ط(1415هـ - 1995م).

الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، (ت770هـ)، المصباح المنير، دار الفكر.

قاضي زاده، أحمد بن قودر، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، تحقيق عبد الرازق المهدي، 2003م، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1،

قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد، (ت620)، المغني على مختصر الخرقي، تحقيق عبد السلام شاهين، 1994م، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1.

قدامة، عبدالله بن أحمد بن محمد، الكافي في الفقه الامام أحمد بن حنبل، تحقيق ابراهيم بن أحمد عبد الحميد، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة.

القرافي، أحمد بن إدريس (ت684هـ)، الذخيرة، تحقيق سعيد أعراب، 1994م، بيروت، دار الغرب الإسلامي،(ط1).

قلعجي، محمد رواس، حامد صادق، 1985م، معجم لغة الفقهاء، بيروت، دار النفائس، (ط1).

قودر، شمس الدين أحمد، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، تحقيق عبد الرزاق المهدي، 2003م، بيروت، دار

الكتب العلمية، (ط1).

الكاساني، علا الدين أبي بكر بن مسعود، ت(587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق محمد عدنان درويش، 1998م، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2،

الماوردي، علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير، تحقيق علي محمد معوض، وعادل عبد الموجود، 1994م، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1.

المرداوي، علي بن سليمان بن أحمد (ت885هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق محمد حسن الشافعي، 1997م، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1.

مرعي، حسين، 1992م، القاموس الفقهي، بيروت، دار المجتبي، ط1.

المعداني، أبو علي الحق بن رحال (ت1140هـ). حاشية المعداني على الشرح والتحفة بهامش شرح ميارة الفاسي، تحقيق عبد اللطيف حسن، 2000م، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1.

مفلح، إبراهيم بن محمد، ت(884هـ)، المبدع شرح المقنع، الرياض، دار عالم الكتب، 2003م.

منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، ت711هـ، لسان اللسان تهذيب لسان العرب، تم تهذيبه بعناية المكتب الثقافي لتحقيق الكتب، إشراف الأستاذ عبد أ. علي مهنا، 1993م، بيروت، دار الكتب العلمية، (ط1).

مودود، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، بيروت، دار المعرفة.

نصر، عبد الوهاب علي (ت22هـ)، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق محمد حسن الشافعي، 1998م، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1.

نظام وآخرون، الفتاوى الهندية، تحقيق عبداللطيف حسن عبدالرحمن (1421هـ - 2000م)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.

النووي، يحيى بن شرف (ت686هـ)، روضة الطالبين، تحقيق فؤاد عبد الغفار، القاهرة، المكتبة التوفيقية،

Stipulation of Guarantee on *al-Mudarib* in Islamic Jurisprudence and Jordanian Civil Law

Mohammad Al-Sukar and Qathaafi Al-Ghananeem*

ABSTRACT

This paper tackles the subject matter of stipulation of guaranteeing the worker the capital of *al-Mudarabah*, which stands for that company contract which combines between capital and labour. The scope of this study is within the following cases.

a. Having a loss in the capital.

b. The capital is damaged without a negligence or trespass from the worker.

c. The capital is damaged due to his negligence or trespass from this party.

d. Breaching the permission of capital owner concerning performance.

The researcher selects that the condition is invalid, but the contract is valid in the first and second cases. This is for the reason that; the former is against the legal requirements of contract. Hence, it is necessary to relinquish it, and consider the contract as valid. However, both of the condition and contract are valid in the third and forth cases. Consequently, it is a must to fulfil the terms and conditions of the contract. Otherwise, the labourer is liable. This is because he becomes responsible by trespassing and not volunteer. Thus by working against the will of the owner, he trespasses, which makes him liable.

Keywords: Islamic Commercial Law, Financial Transaction, Contracts, Companies, Al-Mudarabah, Litigations.

---

*Faculty of Sharia', The University of Jordan, Jordan. Received on 24/5/2010 and Accepted for Publication on 5/12/2010.